

BVGer A-411/2012 vom 10. Oktober 2012

Bundesverwaltungsgericht, 2012-10-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-411_2012

FR: TAF A-411/2012 du 10 octobre 2012

IT: TAF A-411/2012 del 10 ottobre 2012

Regeste

Zugang zu Fernmeldenetzen

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um ein taugliches Anfechtungsobjekt. Die ComCom gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist somit eine zulässige Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. In der angefochtenen Verfügung wird die Beschwerdeführerin in Ziff. 2 des Dispositivs zu einem höheren als von ihr angebotenen VTA-Abzug verpflichtet. Zudem werden ihr in Ziff. 3 des Dispositivs Verfahrenskosten auferlegt. Sie ist dadurch entsprechend beschwert und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bzw. Änderung. Somit ist sie zur Beschwerde legitimiert.

E. 1.4

Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Er darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden und kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, nicht aber ausweiten (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.7 ff.; vgl. statt vieler BGE 136 II 457 E. 4.2 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8457/2010 vom 14. Juni 2011 E. 1.2.1). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin den Streitgegenstand auf den VTA-Abzug in Zusammenhang mit den Marketingkosten und den Posteingahlungen sowie auf einzelne

Aspekte der Kostenauflegung im vorinstanzlichen Verfahren beschränkt.

E. 1.5

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist damit einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition; gerügt werden kann nicht nur die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sondern auch die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids (Art. 49 VwVG). Bei der Prüfung der Angemessenheit auferlegt es sich allerdings eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung technischer Spezialfragen geht, in denen die Vorinstanz über besonderes Fachwissen verfügt. Es entfernt sich in solchen Fällen im Zweifel nicht von deren Auffassung und setzt sein eigenes Ermessen nicht an deren Stelle (vgl. BGE 133 II 35 E. 3 und BGE 130 II 449 E. 4.1; BVGE 2010/19 E. 4.2; nicht publizierte E. 2 des BVGE 2011/13 [Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-300/2010 vom 8. April 2011]). Die Vorinstanz ist keine gewöhnliche Vollzugsbehörde, sondern eine verwaltungsunabhängige Kollegialbehörde mit besonderen Kompetenzen. Als Fachorgan ist sie sowohl autonome Konzessionsbehörde als auch Regulierungsinstanz mit besonderer Verantwortung. Sie und das mit der Instruktion des Verfahrens betraute BAKOM verfügen über ein ausgeprägtes Fachwissen in fernmeldetechnischen Fragen sowie bei der Beurteilung der ökonomischen Gegebenheiten im Telekommunikationsmarkt. Ihr steht entsprechend - wie anderen Behördenkommissionen auch - ein eigentliches "technisches" Ermessen zu. Im Rahmen dessen darf ihr bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2009/35 E. 4; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2970/2010 vom 22. März 2012 E. 2 und A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 2 sowie nicht publizierte E. 2 des BVGE 2011/13). Damit rechtfertigt sich eine gewisse Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts wenigstens insoweit, als die Vorinstanz unbestimmte Gesetzesbegriffe auszulegen und anzuwenden hat. Es befreit das Bundesverwaltungsgericht indes nicht davon, unter Beachtung dieser Zurückhaltung zu überprüfen, ob die Rechtsanwendung der Vorinstanz mit dem Bundesrecht vereinbar ist (vgl. BGE 132 II 257 E. 3.2 und BGE 131 II 13 E. 3.4; BVGE 2010/19 E. 4.2 und BVGE 2009/35 E. 4, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2970/2010 vom 22. März 2012 E. 2 und A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 2).

E. 3

Zum Verrechnen des Teilnehmeranschlusses ist nur die von der Kundin oder dem Kunden als Anbieterin für nationale und internationale Verbindungen vorbestimmte Anbieterin berechtigt. Weder Art. 11 FMG noch Art. 60 FDV enthalten eine Definition der VTA. Klar ist, dass es bei dieser Zugangsform um die Situation geht, bei welcher Endkunden den Festnetzanschluss und die Sprachtelefoniedienste nicht von der gleichen FDA beziehen, sondern für die Sprachtelefonie dauerhaft eine alternative FDA durch eine Voreinstellung des Geräts gewählt haben (sog. Carrier Preselection, CPS). Sie erhalten hierbei aber für beide Leistungen eine einzige Rechnung von der Sprachtelefonieanbieterin. Die Kosten

werden durch die VTA ausgeglichen. Hierbei wird der Betrag, den die alternative FDA der Anschlussinhaberin erstattet, um den VTA-Abzug reduziert; von dessen Höhe hängt somit die verbleibende Entschädigung der Anschlussinhaberin, d.h. der VTA-Preis, ab. Aus diesen Regelungen ergibt sich jedoch nicht ohne Weiteres, wie die VTA im Detail ausgestaltet ist und inwiefern Marketingkosten zu berücksichtigen sind.

E. 3.1

Für die VTA sind folgende Normen einschlägig: Art. 11 FMG trägt die Überschrift "Gewährung des Zugangs durch marktbeherrschende Anbieterinnen". Dessen Abs. 1 Bst. c nennt das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes als eine der Formen des Zugangs zu Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden FDA. Der Zugang muss anderen Anbieterinnen auf transparente und nicht diskriminierende Weise zu kostenorientierten Preisen gewährt werden. Gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG regelt der Bundesrat die Einzelheiten. Der Bundesrat hat in Art. 60 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 (FDV, SR 784.101.1) Details zur VTA geregelt: Art. 60 Verrechnen des Teilnehmeranschlusses 1 Die marktbeherrschende Anbieterin veröffentlicht in ihrem Basisangebot die technischen und kommerziellen Bedingungen für die Verrechnung des Festnetz-Teilnehmeranschlusses. 2 Der kostenorientierte Preis im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 FMG errechnet sich, indem der tatsächlich von der marktbeherrschenden Anbieterin verlangte Preis für einen Teilnehmeranschluss anteilig: a. um diejenigen Kosten reduziert wird, welche die marktbeherrschende Anbieterin hat, weil sie den Teilnehmeranschluss allen ihren Kundinnen und Kunden verrechnet; und b. um diejenigen Kosten erhöht wird, die sie durch die Verrechnung der Teilnehmeranschlüsse an die anderen Anbieterinnen hat.

E. 3.2

Die Verfahrensbeteiligten vertreten unterschiedliche Ansichten zur Berücksichtigung der Marketingkosten im VTA-Abzug:

E. 3.2.1

Die Vorinstanz, der Preisüberwacher und die Beschwerdegegnerin betrachten die VTA nicht nur als reines Verrechnungsinstrument, bei dem bloss die administrativen Kosten der Rechnungsstellung zu berücksichtigen sind. Vielmehr leiten sie namentlich aus dem Zweck des FMG ab, dass auch ein Ausgleich des Marketingaufwands erfolgen muss und die Marketingkosten der Beschwerdeführerin folglich im VTA-Abzug enthalten sein müssen, damit die Beschwerdegegnerin nicht benachteiligt wird. Die Vorinstanz begründet dies damit, der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, alle Teilnehmeranschlüsse der marktbeherrschenden Anbieterin seien CPS-geschaltet. Dies ergebe sich aus dem Nichtdiskriminierungsgebot. Hierbei müsse man sich bei der Betrachtung von VTA die theoretische Situation vor Augen führen, in welcher die Beschwerdeführerin ebenfalls als CPS-Nachfragerin auf dem Markt aktiv wäre. Im Wettbewerb mit den anderen FDA müsste sie ihre Marketingkosten, gleich wie diese, durch die Differenz zwischen Endkundenpreis und VTA-Preis decken können. Daran zeige sich, dass die Marketingkosten in dieser Differenz enthalten sein müssten. Wenn davon auszugehen sei, dass sämtliche Anschlüsse CPS-geschaltet seien, fielen der Beschwerdeführerin keine Kosten für Retail-Billing mehr an, sondern nur noch für Wholesale-Billing. Dadurch würden sämtliche Kosten für Werbe- und Verkaufsaufwendungen an Endkunden wegfallen, weshalb sie im VTA-Abzug erfasst werden müssten. Bei VTA gehe es zwar nicht darum, dass die Endkundschaft den

Anschluss bei einer alternativen FDA beziehen könnte. Es gehe aber um Wettbewerb zwischen den Anbieterinnen beim Anbieten von Sprachtelefoniediensten an die Anschlusskundschaft. Wenn die Beschwerdegegnerin ihren Kundinnen und Kunden ein Angebot unterbreite, in welchem der Teilnehmeranschluss von der Beschwerdeführerin betrieben, aber von der Beschwerdegegnerin verrechnet werde, entstünden ihr für dessen Bewerbung Kosten. Das damit finanzierte Marketing komme aber nicht nur ihr, sondern auch der Anschlussbetreiberin zugute, da diese für den Anschluss entschädigt werde. Umgekehrt sei klar, dass die Beschwerdegegnerin nicht von den Werbemaßnahmen profitiere, welche von der Beschwerdeführerin für ihre eigenen Anschlüsse unternommen werden, weshalb jede FDA für ihre eigenen Marketingkosten aufkommen müsse. Der Preisüberwacher argumentiert, es sei grundsätzlich unstrittig, dass die Vermarktung des Teilnehmeranschlusses zu Marketingkosten führe. Jedoch seien Werbe- und Verkaufsaufwendungen der Beschwerdeführerin an die Endkunden nicht von den zugangsnachfragenden Parteien zu tragen und deshalb im VTA-Abzug aufzunehmen. Zu beachten sei, dass auch die Beschwerdeführerin von Anschlüssen profitiere, die durch andere FDA vertrieben würden, da sie die Gebühr für den Anschluss erhalte. Hierbei profitiere sie auch davon, dass sie sich nicht mehr um die Vermarktung kümmern müsse. Sie stehe mit alternativen FDA im Endkundenmarkt im Wettbewerb; Kosten, welche der Beschwerdeführerin entstünden, weil sie Kunden zurückgewinnen wolle, dürften nicht der alternativen FDA belastet werden. Dies könne nicht im Sinn der gesetzlichen Zugangsregulierung sein. Die Beschwerdegegnerin folgt der Argumentation der Vorinstanz und des Preisüberwachers. Sie betont zudem, die VTA sei vom Gesetzgeber nicht näher definiert worden, was den Schluss zulasse, dass der Gesetzgeber dem Verordnungsgeber einen erheblichen Ermessensspielraum bei deren Ausgestaltung und Bepreisung einräumen wollte.

E. 3.2.2

Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, bei der VTA gehe es allein um den Ausgleich der administrativen Kosten der Rechnungsstellung. Sie leitet dies in erster Linie aus der Verwendung des Begriffs "Verrechnen" sowie aus dem Wortlaut von Art. 60 Abs. 2 Bst. a FDV ab. Wenn auch Marketingkosten zu berücksichtigen wären, so würde es sich eher um einen Wiederverkauf als um eine Verrechnung handeln. Das VTA-Vertragswerk regle ein kaufmännisches Inkasso. Hierbei seien anschlussbezogene Marketingkosten nicht von Bedeutung, da es sich bei diesen nicht um Kosten der Rechnungsstellung handle. Sie bestreitet die Annahme, sämtliche Teilnehmeranschlüsse seien CPS-geschaltet und Swisscom würde demzufolge keine Endkunden mehr selber betreuen und es entstünden ihr folglich keine Kosten mehr für Werbung und Verkauf an Endkunden. Diese Annahme ergebe sich weder aus dem Gesetz noch der Verordnung. Es sei nicht das Ziel des Gesetzgebers gewesen, Endkundenangebote der Swisscom abzuschaffen, sondern die Vermeidung zweier Rechnungen für Anschluss und Dienste. Zudem nutze nicht die andere FDA den Anschluss, um darauf Dienste zu erbringen, sondern der CPS-Endkunde, der entsprechend einen Anschlussvertrag mit Swisscom habe. Dieser Anschlussvertrag bestehe auch bei VTA weiter. Die alternative FDA stelle dem Endkunden stellvertretend für Swisscom nur Rechnung für den Anschluss. Deshalb sei es kein Widerspruch, wenn die Marketingkosten im VTA-Preis enthalten blieben. Bei der VTA gehe es nicht um Wettbewerb um Anschlusskunden, zumal die unterschiedlichen Zugangsformen als separate Märkte zu qualifizieren seien und Angebote im Rahmen einer bestimmten Zugangsform nicht durch Angebote einer anderen Zugangsform substituiert

werden könnten. Eine Diskriminierung anderer FDA finde nicht statt, weil sie ihren CPS-Kunden den Anschluss stellvertretend für Swisscom in Rechnung stellen könne und als Gegenleistung die Kosten der Rechnungsstellung erstattet erhalte, die ihr bei der Verrechnung des Sprachtelefonieverkehrs ohnehin erwachsen würden.

E. 3.3

Die Verfahrensbeteiligten gehen also von zwei unterschiedlichen Konzeptionen der VTA aus: Jene der Beschwerdeführerin kann als "reine Verrechnungsvariante" bezeichnet werden, da bei dieser nur die administrativen Kosten der Rechnungsstellung relevant sind, und bei der klar zwischen Anschluss und Sprachtelefonie unterschieden wird. Jene der Vorinstanz, des Preisüberwachers und der Beschwerdegegnerin geht darüber hinaus, indem auch die Marketingkosten als relevant erachtet werden. Hierbei erfolgt keine klare Trennung zwischen Anschluss und Sprachtelefonie, sondern dies wird ökonomisch als Gesamtpaket betrachtet.

E. 3.4

Nachfolgend ist zu prüfen, ob mit der VTA allein der Ausgleich der administrativen Kosten der Rechnungsstellung erreicht werden soll oder ob im VTA-Abzug auch Marketingkosten für die Vermarktung des Festnetzanschlusses einzuschliessen sind. Hierzu sind die entsprechenden Regelungen auszulegen. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut einer Norm. Die französisch- und italienischsprachigen Versionen sind hierbei ebenso massgebend wie der deutsche Text. Ist der Text nicht klar, so ist auf die übrigen Auslegungselemente zurückzugreifen; abzustellen ist insbesondere auf die Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm, ihren Sinn und Zweck sowie die Bedeutung, die ihr im Kontext mit anderen Normen zukommt (vgl. statt vieler BGE 137 V 167 E. 3.1 und 131 II 697 E. 4.1; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6086/2010 vom 16. Juni 2011 E. 4; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 25 Rz. 3 f.; Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich u.a. 2012, Rz. 80 ff.). Vom deutlichen Wortlaut einer Bestimmung darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der klare Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich wiederum aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (BGE 137 V 167 E. 3.1; BGE 124 III 266 E. 4). Bei der Auslegung von Verordnungen sind zudem die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen (vgl. BGE 137 V 167 E. 3.3).

E. 3.4.1

Zunächst ist der Wortlaut zu untersuchen. Ein zentraler Begriff ist das "Verrechnen", das sowohl in Art. 11 Abs. 1 Bst. c FMG wie auch in der Überschrift und jedem Absatz des Art. 60 FDV genannt wird. Der Duden umschreibt dessen Bedeutung wie folgt: durch Rechnen, bei einer Abrechnung berücksichtigen, in die Rechnung einbeziehen. Im französischsprachigen Text wird die Verrechnung als "Facturation", im italienischen als "Fatturazione" bezeichnet, was Anrechnung oder Ausstellen einer Rechnung bedeutet. Die Verwendung dieses Begriffs legt nahe, dass es bei der VTA allein um den Ausgleich administrativer Kosten für die Rechnungsstellung geht (Matthias Amgwerd, Netzzugang in der Telekommunikation, Diss. Zürich 2008, Rz. 260 ff., der aufgrund des Wortlauts von einem "reinen Inkassoverhältnis" spricht, allerdings die Frage aufwirft, ob die

Verrechnungsvariante dem Normzweck zu genügen vermag). Art. 60 Abs. 2 Bst. a FDV umschreibt, um welche Kosten der Anschlusspreis reduziert wird, nämlich um jene, die entstehen "weil sie den Teilnehmeranschluss allen ihren Kundinnen und Kunden verrechnet". Im Erläuterungsbericht zur FDV werden die abzuziehenden Kosten gemäss Art. 60 Abs. 2 Bst. a FDV wie folgt umschrieben: "Die marktbeherrschende Anbieterin zieht von ihrem effektiv verlangten Teilnehmeranschlusspreis gemäss dem Retail-Minus-Prinzip anteilig die ihr ersparten aktuellen Kosten ab, die sie nicht mehr hätte, wenn sie die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses allen ihren Kundinnen und Kunden nicht mehr anbieten würde." (Erläuterungsbericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) zur Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) vom 9. März 2007 S. 23; abrufbar auf www.bakom.admin.ch unter: Das Bakom/rechtliche Grundlagen/Verordnungen/Telekommunikationsdienste, besucht am 4. September 2012). Diese Umschreibung deutet darauf hin, dass bei der Schaffung der Verordnung nur die administrativen Kosten der Verrechnung interessierten, und kein Thema war, wer die Marketingkosten trägt. Art. 1 Bst. b FDV definiert als "Kundin oder Kunde" eine Person, die mit einer Anbieterin von Fernmeldediensten einen Vertrag über die Inanspruchnahme von deren Diensten geschlossen hat. Gemeint sind in Art. 60 Abs. 2 Bst. a FDV also Endkunden, was auch aus der Verwendung des Begriffspaares in Art. 60 Abs. 3 FDV hervorgeht, wonach die Kundin oder der Kunde eine Anbieterin für nationale und internationale Verbindungen vorbestimmt. Da ausdrücklich "alle" Kundinnen und Kunden genannt werden, ist von sämtlichen Teilnehmeranschlüssen der Beschwerdeführerin auszugehen. Der Wortlaut des Art. 60 Abs. 2 Bst. a FDV bietet aber keine Grundlage für die Schlussfolgerung, es seien nur Wholesale-Kosten massgeblich und deshalb entstünden der Beschwerdeführerin keine Werbekosten für Teilnehmeranschlüsse. Zum Wortlaut von Art. 11 FMG und Art. 60 FDV kann demzufolge festgehalten werden, dass sich darin keine Grundlage für die Berücksichtigung der Marketingkosten im VTA-Abzug findet. Jedoch bleibt zu prüfen, ob triftige Gründe für ein Abweichen von diesem klaren Wortlaut bestehen.

E. 3.4.2

Der Bundesrat hatte die VTA in seinem FMG-Entwurf noch nicht ausdrücklich vorgesehen. Er wollte alle Fragen des Zugangs zu den Einrichtungen und Diensten der marktbeherrschenden Anbieterinnen abdecken und hierbei der ComCom einen grossen Spielraum einräumen. Dazu erwähnte er eine Pflicht zur Gewährleistung des Zugangs zu den Diensten, die garantieren würde, dass die Konkurrentinnen einer beherrschenden Anbieterin zumindest von Grosshandelsangeboten profitieren könnten, um ihre eigenen Dienste zu offerieren. Dies umschrieb er mit "Wiederverkauf von Diensten". Auf dieser Grundlage könne die ComCom zum Beispiel ein Grosshandelsangebot für Dienste im Zusammenhang mit dem Anschluss, d.h. einen Wiederverkauf des Abonnements, ergänzend zur Entbündelung des Teilnehmeranschlusses und des schnellen Bitstromzugangs vorsehen (Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes [FMG] vom 12. November 2003, BBl 2003 7951 ff., 7969). Daraus ergeben sich keine konkreten Hinweise für die hier interessierende Frage. Die VTA wurde durch das Parlament in Art. 11 FMG eingefügt (vgl. zur Entstehungsgeschichte Amgwerd, a.a.O., Rz. 173 ff., 180 ff.). Es wollte damit ändern FDA als der Swisscom ermöglichen, ihren Kunden ein Sprachtelefonieangebot aus einer Hand anbieten zu können. Hierbei sollte der direkte Kontakt zwischen Swisscom und Endkunden unterbrochen werden, indem die FDA nicht nur ihre erbrachten Dienste, sondern auch die Anschlussgebühr in Rechnung stellt. Damit

wollte es verhindern, dass die Swisscom die Rechnungsstellung als Werbekanal nutzen kann. Der Gesetzgeber wählte den Begriff "Verrechnung" und nicht den ebenfalls eingebrachten Begriff "Wiederverkauf", wobei die Begriffe in der Beratung nicht konsequent technisch verwendet wurden (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 1690 ff. [v.a. 1695, Votum Amstutz, der sowohl von Verrechnung wie auch von Kauf spricht, sowie 1697, Votum Theiler]; AB 2005 S 520 ff. und 951 f. [Votum Escher, der darauf hinweist, der Kunde werde kaum merken, ob ein Wiederverkauf oder eine Verrechnung des Teilnehmeranschlusses ins Gesetz aufgenommen werde, solange er nur eine statt zwei Rechnungen erhalte]; AB 2005 N 1770; vgl. Amgwerd, a.a.O., Rz. 262, der darauf hinweist, dem parlamentarischen Entscheid zwischen Verrechnung oder Wiederverkauf hafte etwas eher Zufälliges an). Aus den Beratungen ergibt sich eindeutig der Wille, den direkten Kontakt zwischen der marktbeherrschenden FDA und den Endkunden zu unterbrechen, insbesondere um ein Abwerben der Kunden zu verhindern. Jedoch lässt sich den Beratungen hinsichtlich der Berücksichtigung der Marketingkosten kein eindeutiges Ergebnis entnehmen. Vielmehr erscheinen sowohl die Variante "reine Verrechnung von Administrativkosten" wie auch die Variante "Berücksichtigung von Marketingkosten im VTA-Abzug" als mit den Überlegungen des Gesetzgebers vereinbar.

E. 3.4.3

Für den Sinn und Zweck der VTA ist auf die Ausführungen zur Entstehungsgeschichte in der vorangehenden Erwägung zu verweisen. Das FMG als Gesamtes bezweckt, dass der Bevölkerung und der Wirtschaft vielfältige, preiswerte, qualitativ hoch stehende sowie national und international konkurrenzfähige Fernmeldedienste angeboten werden (Art. 1 Abs. 1 FMG). Es soll insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Art. 52 FDV konkretisiert dies, indem es ein Diskriminierungsverbot ausformuliert; demnach gewährt die marktbeherrschende Anbieterin anderen FDA den Zugang zu ihren Einrichtungen und Diensten sowie zu den dazugehörigen Informationen auf nichtdiskriminierende Weise (Abs. 1). Hierbei darf insbesondere keine andere Anbieterin schlechter gestellt werden als Geschäftseinheiten, Tochterfirmen oder andere Partnerinnen der marktbeherrschenden Anbieterin (Abs. 2). Die Rechtsprechung sieht im Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG im Wesentlichen die Pflicht der marktbeherrschenden Anbieterin, allen Konkurrentinnen dieselben Zugangsbedingungen zu gewähren (vgl. BGE 132 II 284 E. 6.4; BVGE 2010/19 E. 9.3.3.4). Nach vorwiegender Meinung in der Lehre beinhalten die Zugangsbedingungen alle relevanten Geschäftsbedingungen, insbesondere die Einrichtungen, Dienste und Informationen (Art. 52 Abs. 1 FDV) sowie die Preise (Amgwerd, a.a.O., Rz. 304; zum Ganzen BVGE 2011/13 E. 8.2.6; je m.w.H.). Das Bundesverwaltungsgericht versteht das Diskriminierungsverbot von Art. 11 Abs. 1 FMG als Gleichbehandlungsgebot, welches die alternativen FDA vor der historisch gewachsenen Marktbeherrschung von Swisscom zu schützen versucht (vgl. BVGE 2010/19 E. 9.3.6; BVGE 2011/13 E. 8.2.5). Nach dem allgemeinen Grundsatz der Rechtsgleichheit im Sinn von Art. 8 Abs. 1 BV ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (vgl. statt vieler BGE 130 V 18 E. 5.2; Häfelin/Haller/Keller, a.a.O., Rz. 752 f.). Es entspricht somit dem Sinn und Zweck des FMG, alle FDA bezüglich des Anbietens von Sprachtelefoniedienstleistungen möglichst gleich zu behandeln und Vorteile, die eine andere FDA aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung hat, abzubauen. Demzufolge wäre die Variante "VTA-Abzug inkl. Marketingkosten" mit Art. 11 FMG vereinbar, da diese einen Ausgleich

hinsichtlich der Marketingkosten herbeiführt. Jedoch widerspricht auch die reine Verrechnung administrativer Kosten nicht dem Sinn und Zweck von Art. 11 FMG, zumal der Anschluss und die Sprachtelefoniedienstleistung unabhängig voneinander zu betrachten sind und bei dieser Betrachtungsweise ein Ausgleich der Marketingkosten nicht naheliegend ist.

E. 3.4.4

Aus systematischer Sicht ist auf den grossen Spielraum des Bundesrates beim Erlass der FDV hinzuweisen, den ihm Art. 11 Abs. 3 FMG einräumt (vgl. nicht publizierte E. 3.6 des BVGE 2011/13). Aus dem Gesamtsystem dieser Normen wird ersichtlich, dass es in weiten Teilen um einen Ausgleich zwischen der historisch gewachsenen Vorzugsstellung der marktbeherrschenden FDA und den alternativen FDA geht. In Art. 51 ff. FDV hat der Bundesrat zahlreiche Details geregelt, wobei allgemeine Bestimmungen (Art. 51 57 FDV) den besonderen Bestimmungen (Art. 58 63 FDV) vorangehen. Ausdrücklich auf die VTA bezieht sich jedoch nur Art. 60 FDV, der wie bereits erwähnt keine Klärung bezüglich der Marketingkosten bringt. Aus der Systematik ergibt sich demnach nicht, dass entweder die Variante mit Berücksichtigung der Marketingkosten oder die blosser Verrechnung administrativer Kosten die einzig FMG-konforme wäre.

E. 3.5

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass sich weder aus der Entstehungsgeschichte noch aus dem Sinn und Zweck der Regelungen oder aus der Systematik zwingend ergibt, dass die Marketingkosten im VTA-Abzug zu berücksichtigen sind. Dem Verordnungsgeber kommt bei der Ausgestaltung der Details der VTA vielmehr ein grosser Spielraum zu, innerhalb welchem beide hier diskutierten Möglichkeiten zulässig wären. Er hat sich indes für die reine Verrechnungsvariante ohne Berücksichtigung von Marketingkosten entschieden, wie aus dem Wortlaut des Art. 60 FDV und der Entstehungsgeschichte (vgl. E. 3.4.1 f.) hervorgeht. Das Bundesverwaltungsgericht setzt nicht eine eigene Lösung anstelle einer Norm des Verordnungsgebers, wenn diese wie vorliegend mit übergeordnetem Recht vereinbar ist (vgl. nicht publizierte E. 3.6 des BVGE 2011/13; s.a. BGE 131 II 13 E. 6.1 f.). Für die Berücksichtigung der Marketingkosten im VTA-Abzug fehlt es demzufolge an einer Grundlage in der Verordnung. Die Beschwerde ist deshalb diesbezüglich gutzuheissen. In ihrer Verfügung beziffert die Vorinstanz den Marketingabzug pro VTA-Abzug nicht, sondern verweist auf die Berechnungsgrundlagen der Beschwerdeführerin, die darin den absoluten Marketingbetrag, nicht umgerechnet auf jeden einzelnen Anschluss, angibt. In ihrer Beschwerde beziffert sie diesen Betrag pro Anschluss mit 7 Rp., was von keiner der Verfahrensbeteiligten bestritten wird. Der VTA-Abzug von Fr. 1.50 ist deshalb um 7 Rp. zu reduzieren.

E. 4

Sodann ist zu klären, ob der Abzug für die Kosten der Einzahlungen am Postschalter zu Recht im VTA-Abzug berücksichtigt wurde, und wenn ja, ob eine Höhe von 5 Rp. oder von 2 Rp. gerechtfertigt ist. Den Betrag übernahm die Vorinstanz aus einer ersten Schätzung der Beschwerdeführerin, ohne weitere Instruktionmassnahmen durchzuführen.

E. 4.1

Diese Kosten fallen an, da bei Einzahlungen am Postschalter dem Empfängerkonto eine Gebühr von mindestens 90 Rp. pro Einzahlung auferlegt wird, anders als bei Einzahlungen mittels E-Banking oder Lastschriftverfahren. Dies belastet somit die FDA, welche die

Rechnung stellt; vorliegend ist dies die Beschwerdegegnerin. Es handelt sich aufgrund dieses direkten Zusammenhangs zur Rechnungsstellung um Kosten im Sinn von Art. 60 Abs. 2 Bst. a FDV. Gegen die Berücksichtigung dieser Kosten im VTA-Abzug ist somit grundsätzlich nichts einzuwenden.

E. 4.2

Strittig ist aber, ob es sich bei der Berücksichtigung der Post einzahlungskosten um eine unzulässige Praxisänderung handelt, wie dies die Beschwerdeführerin rügt.

E. 4.2.1

Sie argumentiert, wenn die Anforderungen an den Kostennachweis dauernd geändert und die Preise immer wieder auf neue Art festgelegt würden, könne sie den Vorgaben nie genügen. Art. 60 Abs. 2 FDV enthalte keine konkreten Bestimmungen zur Preisberechnung. Das aus dem Legalitätsprinzip fließende Erfordernis der genügenden Normdichte verlange aber, dass Normen so präzise sein müssten, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten könnten, was hier nicht erfüllt sei. Auch aus diesem Grund müssten Praxisänderungen mit Zurückhaltung gehandhabt und vorgängig angekündigt werden.

E. 4.2.2

Anlass zur Berücksichtigung dieser Kosten gab die Stellungnahme des Preisüberwachers. Dieser weist insbesondere auf die Pflicht zur Kostenorientiertheit der Preise gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG hin; wenn wie im vorliegenden Fall ein Versehen bei der Berechnung des VTA-Abzugs auffalle, so sei dies zu berichtigen. Die Vorinstanz entschied in diesem Sinn und vertritt die Auffassung, bezüglich dieser Kosten könne nicht von einer ständigen Praxis ausgegangen werden, da für eine Praxis eine gewisse Stetigkeit fehle und auch neue Erkenntnisse in ein hängiges Verfahren einfließen können müssten. Aus der Normdichte des Art. 60 FDV lasse sich entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts hinsichtlich einer Praxisänderung ableiten; entweder bilde diese Norm für den Abzug eine hinreichende Grundlage oder nicht. Die Beschwerdegegnerin argumentiert namentlich, bei Anpassungen am Kostennachweis handle es sich dann nicht um Praxisänderungen, wenn die Anpassungen auf neuen Erkenntnissen in tatsächlicher Hinsicht beruhen würden.

E. 4.2.3

Das Bundesverwaltungsgericht entschied zu Art. 11 Abs. 1 FMG und Art. 54 FDV, der Vorinstanz komme bei der Konkretisierung des Kostenmodells bzw. der kostenorientierten Preisgestaltung und der Bestimmung der geeignetsten Methode für deren Umsetzung ein erheblicher Beurteilungsspielraum und ein grosses "technisches Ermessen" zu (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 27.5.1 und 28.4.1 sowie nicht publizierte E. 3.7 des BVGE 2011/13; vgl. auch BGE 132 II 257 E. 3.3 zur Vorgängerbestimmung des Art. 54 FDV). Hierbei müsse sich die Vorinstanz an den durch Gesetz und Verordnung vorgegebenen Rahmen halten, eine taugliche und in sich konsistente Vorgehensweise wählen und diese Methode konsequent und in nachvollziehbarer Weise umsetzen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 28.4.1). Das Bundesverwaltungsgericht stellt in diesem Zusammenhang überdies klar, dass auch wenn die Vorinstanz im Rahmen der Zugangsverfügung über den Kostennachweis als Ganzes entscheide, aufgrund des grossen Aufwands und der Komplexität der Überprüfung bezüglich des gesamten Kostennachweises keine Praxis vorliege, von der nur unter Einhaltung der bundesgerichtlichen Voraussetzungen für eine Praxisänderung abgewichen werden dürfe.

Namentlich soweit sich die Vorinstanz mit einem Element des Kostennachweises nicht auseinandergesetzt habe oder ihr Entscheid in einem Punkt erstmalig und lediglich vorläufig sei, sei sie befugt, ihre bisherige Praxis zu präzisieren, auszudehnen oder weiterzuentwickeln. Angesichts der zahlreichen und komplexen Konkretisierungs- und Umsetzungsfragen sei dies nicht nur sinnvoll, sondern auch unvermeidlich und damit systemgerecht. Die Verfahrensbeteiligten müssten deshalb grundsätzlich stets mit einem entsprechenden Vorgehen der Vorinstanz rechnen (eingehend Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 28.4.1). Auch wenn die Berechnung des VTA-Abzugs weniger komplex ist als eine Preisfestlegung gemäss Art. 54 FDV, kann diese Praxis vorliegend übernommen werden. Die ebenfalls auf Art. 11 Abs. 1 FMG beruhende Überprüfung des VTA-Abzugs gemäss Art. 60 FDV ist damit vergleichbar, zumal es auch hier gilt, verschiedenste Angaben der Beschwerdeführerin nachzuvollziehen. Hierbei können mit wachsender Erfahrung neue Erkenntnisse gewonnen werden.

E. 4.2.4

Vorliegend handelt es sich nicht um das erste Verfahren, in dem der VTA-Abzug geprüft wurde. Die Vorinstanz kam aber hinsichtlich der Kosten für Einzahlungen am Postschalter erstmalig zur Erkenntnis, dass auch diese zu den relevanten Kosten gehörten. Sie präziserte infolgedessen die Prüfung des VTA-Abzugs dahingehend, als sie auch die Kosten für die Einzahlungen am Postschalter berücksichtigte. Hierbei ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz ihren Beurteilungsspielraum missbrauchen oder sich mit dieser Anpassung nicht an die ihr gesetzten Grenzen halten würde. Vielmehr zeigt die Berücksichtigung dieser Kosten den Willen auf, das Ziel der kostenorientierten Preise gemäss Art. 11 Abs. 1 FMG möglichst umfassend zu erreichen. Indem sie für den VTA-Abzug auch die neu gewonnenen Erkenntnisse berücksichtigte, wendete sie Art. 60 FDV auf den Sachverhalt, wie er zum Zeitpunkt des Entscheids bekannt war, an. Dies ist nicht zu beanstanden. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Normdichte des Art. 60 FDV sei zu gering und dies würde sich bezüglich einer Praxisänderung auswirken, ist ihr nicht zu folgen. Zwar nennt die Norm nicht sämtliche relevanten Kosten ausdrücklich. Wie aber die Ausführungen in der vorangehenden Erwägung 3 zeigen, geht aus Art. 60 Abs. 2 Bst. a FDV jedenfalls eindeutig hervor, dass Kosten, die einen direkten Zusammenhang zur Rechnungsstellung haben, zu berücksichtigen sind (vgl. dazu auch E. 4.1). Insofern konkretisiert die Norm Art. 11 Abs. 1 FMG. Die fehlende förmliche Empfehlung des Preisüberwachers ist sodann kein Grund, eine Anregung nicht zu befolgen, da die Vorinstanz verpflichtet ist, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 VwVG) und in diesem Zusammenhang sämtliche den Sachverhalt klärende Ausführungen zu beachten sind.

E. 4.3

Weiter ist zu prüfen, ob die Vorinstanz zur Bestimmung der Höhe des Posteinzahlungsabzugs zusätzliche Instruktionsmassnahmen hätte treffen müssen. Aus den Akten des vorinstanzlichen Verfahrens ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin die Vorinstanz darauf hinwies, es wären weitere Instruktionen zu den relevanten Minderkosten erforderlich, wenn diese die Kosten für Einzahlungen am Postschalter bereits bei der Preisfestlegung für die Jahre 2010 und 2011 berücksichtigen wolle; anlässlich einer ersten Schätzung betrage die Höhe der Kosten 5 Rp. (Stellungnahme vom 16. August 2011 Rz. 66). Die Vorinstanz ging jedoch davon aus, weitere Instruktionsmassnahmen hinsichtlich der Höhe des Abzugs seien nicht erforderlich. Die Höhe von 5 Rp. sei plausibel und auch

nicht bestritten worden. Es könne nicht Aufgabe der Regulierungsbehörde sein, ihr plausibel erscheinende Einschätzungen der Beschwerdeführerin auf ihre Richtigkeit im Detail zu überprüfen. Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Jedoch besteht eine Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin, da sie über einen erheblichen Informationsvorsprung verfügt und die Behörde den Sachverhalt ohne ihre Mitwirkung gar nicht oder nicht ohne vernünftigen Aufwand erheben könnte (vgl. Art. 13 Abs. 1 VwVG sowie BGE 132 II 113 E. 3.2; BGE 128 II 139 E. 2.b; BGE 124 II 361 E. 2b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1847/2010 vom 21. April 2011 E. 8.4). Grundsätzlich liegt es also an der Beschwerdeführerin, die erforderlichen Nachweise im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht einzubringen. Aufgrund der Umstände durfte aber die Vorinstanz nicht ohne weitere Sachverhaltsabklärungen mit der Schätzung von 5 Rp. arbeiten, da aufgrund der Äusserungen der Beschwerdeführerin offensichtlich war, dass es sich dabei nicht um einen abschliessenden Kostennachweis handelt. Sie hat somit den Sachverhalt nicht hinreichend festgestellt.

E. 4.4

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG grundsätzlich in der Sache selbst und weist diese nur ausnahmsweise an die Vorinstanz zurück. Massgebend für den Entscheid ist der Sachverhalt, wie er zum Urteilszeitpunkt vorliegt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-702/2011 vom 10. Juni 2011 E. 4.1 m.H.). Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, hätte die Vorinstanz weitere Instruktionsmassnahmen ergreifen müssen. Die Beschwerdeführerin legt aber im vorliegenden Verfahren in nachvollziehbarer Weise dar, weshalb der Abzug mit 2 Rp. zu veranschlagen ist. Diese Herleitung anerkennt auch die Vorinstanz in ihrer letzten Stellungnahme, weshalb mit einer Rückweisung nichts gewonnen wäre und das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst entscheidet. Für die Höhe des Abzugs für Einzahlungen am Postschalter ist demzufolge von 2 Rp. statt 5 Rp. auszugehen und der VTA-Abzug 2010 um 3 Rp. zu reduzieren.

E. 5

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass der VTA-Abzug 2010 zu korrigieren ist. Der von der Vorinstanz festgesetzte Betrag von Fr. 1.50 ist um die Marketingkosten von 7 Rp. und um 3 Rp. für Einzahlungen am Postschalter zu reduzieren; bei der Berücksichtigung dieser Kosten handelt es sich nicht um eine unzulässige Praxisänderung. Es resultiert somit ein VTA-Abzug von Fr. 1.40. Dies entspricht dem Basisangebot der Beschwerdeführerin, weshalb sie bezüglich des VTA-Abzugs 2010 als überwiegend obsiegend zu betrachten ist.

E. 6

Zu prüfen ist schliesslich die Kostenverlegung durch die Vorinstanz.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin rügt die Auferlegung von Verfahrenskosten für die Festlegung des VTA-Abzugs 2010 sowie die Auferlegung der hälftigen Verfahrenskosten für die Festlegung der beiden Preise "Monthly Recurring Charge (MRC) KKF 2010" (monatlich wiederkehrender Preis für Kabelkanalisationen, nachfolgend: MRC KKF 2010) und VTA-Abzug 2011. Sie argumentiert hinsichtlich des VTA-Abzugs 2010, wenn sich dessen Anpassung durch die Vorinstanz als fehlerhaft zeigen sollte, sei auch die Kostenauflegung nicht rechtmässig, da soweit der von ihr offerierte Preis bestätigt werde sie nicht die unterliegende Partei wäre. Bezüglich des MRC KKF 2010 und den

VTA-Abzugs 2011 rügt sie die Abweichung vom Unterliegerprinzip. Es sei keine für die Kostenverlegung relevante Intransparenz vorgelegen, welche die hälftige Auferlegung der Verfahrenskosten rechtfertigen würde. Art. 53 Abs. 1 FDV bezwecke nicht den unzweideutigen Nachvollzug der Kostenorientiertheit der Preise durch andere FDA; vielmehr seien die Preise angemessen zusammengefasst und nachvollziehbar darzulegen. Dies habe sie getan und dadurch die Anforderung des Art. 53 Abs. 1 FDV an die Transparenz erfüllt. Zu beachten sei zudem, dass der Beschwerdegegnerin auch Daten aus früheren Verfahren bekannt gewesen seien.

E. 6.2

Transparenz im Sinn von Art. 11 Abs. 1 FMG bedeutet für die marktbeherrschende Anbieterin in erster Linie, dass sie den nachfragenden FDA die für die Inanspruchnahme und die Abwicklung des Zugangs erforderlichen Informationen technischer und kommerzieller Natur in verständlicher und nachvollziehbarer Weise zur Verfügung stellen muss (vgl. Amgwerd, a.a.O., Rz. 294). Sie wird demnach durch Informationsgewährung hergestellt. Der Grundsatz der Transparenz dient dem Ordnungsgeber folglich als gesetzliche Grundlage zur Statuierung von Informationspflichten (BVGE 2011/13 E. 13.3). Mit Art. 53 FDV hat der Ordnungsgeber das Transparenzgebot konkretisiert; gemäss Art. 53 Abs. 1 Satz 2 FDV hat die marktbeherrschende Anbieterin die Herleitung der einzelnen Preise angemessen zusammengefasst und nachvollziehbar darzulegen. Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts kann die Vorinstanz in Zugangsverfahren gemäss FMG vom Unterliegerprinzip abweichen: Oft kann das Unterliegen im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren nicht so klar wie im Beschwerdeverfahren abgegrenzt werden. Im auf Begehren einer Partei eingeleiteten Verwaltungsverfahren wird der Streitgegenstand von der Gesuch stellenden Partei durch ihre Anträge definiert. Zudem liegt vor Einleitung des Verfahrens auf Erlass einer Verfügung noch kein behördlicher Entscheid vor. Das heisst, die Gesuchstellerin kann erst mit Einreichung des Gesuchs einen hoheitlichen Entscheid über eine zwischen ihr und der Gesuchsgegnerin umstrittene Angelegenheit erwirken. Je weniger gut die Gesuchstellerin in der Lage ist, ihre Erfolgchancen abzuschätzen, desto eher kann es sich rechtfertigen, sie - auch bei vollständiger Abweisung ihrer Anträge - nicht als vollständig unterliegend zu betrachten bzw. der Gesuchsgegnerin aufgrund mangelnder Transparenz in Anwendung des Verursacherprinzips einen Teil der Verfahrenskosten aufzuerlegen. Zudem ist zu beachten, dass die sich aus Art. 63 Abs. 3 VwVG unter Umständen ergebende Konsequenz der Kostentragung durch den Staat dem im Gebührenregime des Fernmelderechts geltenden Kostendeckungsprinzip - und für das Zugangsverfahren ebenso dem Dispositionsgrundsatz - widerspricht (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juli 2011 E. 5 und A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 14.3). Der Entscheidbehörde kommt bei der Kostenverlegung ein erhebliches Ermessen zu. Weicht sie vom Unterliegerprinzip ab, hat sie dies zu begründen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juli 2011 E. 4.4 m.w.H.). Es ist im Einzelfall zu beurteilen, ob eine bestehende Informationsasymmetrie noch als erträglich betrachtet werden kann, was zu keiner Kostenauflegung an die obsiegende marktbeherrschende FDA führt, oder ob sie so gross ist, dass die um Zugang ersuchende FDA ihre Erfolgsaussichten nicht genügend abschätzen kann und daher eine (teilweise) Auferlegung der Verfahrenskosten an die marktbeherrschende FDA gerechtfertigt erscheint (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-5979/2010 vom 9. Juli 2011 E. 5.3 und A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 14.3.2). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass Art. 53 Abs. 1 FDV von der marktbeherrschenden

Anbieterin keine vollumfassende Offenlegung ihrer Daten verlangt. Ebenso ist einzubeziehen, inwiefern Informationen aus vorangehenden Verfahren bekannt sind. Nicht ausschlaggebend sein kann hingegen, ob die Überprüfung letztlich zu einer Korrektur führt oder nicht, da dies vielmehr mit der Methodik und den berücksichtigten respektive zu berücksichtigenden Daten zusammenhängt als mit der Transparenz.

E. 6.3

Die Vorinstanz orientierte sich bei der Kostenverlegung grundsätzlich am Unterliegerprinzip. Sie hat in ihrer Verfügung begründet, wie die Kosten auf die einzelnen zu prüfenden Bereiche aufgeteilt wurden. Bezüglich des von ihr korrigierten VTA-Abzugs 2010 ging sie von einem Unterliegen der Beschwerdeführerin aus, ebenso für andere Teilbereiche, in denen sie das Basisangebot korrigierte. 80 % der Kosten von insgesamt Fr. 93'030.- entfallen auf diesen Teil. Sie begründet sodann, weshalb für MRC KKF 2010 und VTA-Abzug 2011 vom Unterliegerprinzip abzuweichen ist: Das Basisangebot sei nicht ohne weiteres nachvollziehbar gewesen und es habe eine relevante Intransparenz bestanden. Da jedoch gewisse Informationen auch vorgelegen hätten, rechtfertige sich eine hälftige Auferlegung der Verfahrenskosten für die Prüfung dieses Teilbereichs, wie sie dies bereits in einem früheren Verfahren gemacht habe und bei dem die Kostenauflegung vom Bundesverwaltungsgericht geschützt worden sei (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6019/2010 vom 19. August 2011).

E. 6.4

Die Begründung der Vorinstanz ist grundsätzlich hinreichend und sachlich überzeugend. Knapp überzeugend ist die schematische Auferlegung der Hälfte der Verfahrenskosten wie in einem früheren Verfahren und die fehlende Berücksichtigung der Informationen aus vorangehenden Verfahren. In künftigen Verfahren wird diesen Aspekten mehr Bedeutung zuzumessen sein. Da die Beschwerdeführerin zudem hinsichtlich des VTA-Abzugs 2010 teilweise obsiegt und deshalb die Kostenverlegung für diesen Teil zu korrigieren ist, erscheint eine Reduktion der auferlegten Kosten um 20 % der Gesamtkosten von Fr. 93'030.- als angemessen. Ziff. 3 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ist somit dahingehend abzuändern, als der Beschwerdeführerin statt Fr. 83'727.- reduzierte Kosten von Fr. 65'121.- auferlegt werden. Entsprechend ist der Anteil der Beschwerdegegnerin von Fr. 9'303.- auf Fr. 27'909.- zu erhöhen.

E. 7

Abschliessend ist über die Kosten und Entschädigungen im vorliegenden Verfahren zu entscheiden.

E. 7.1

Die Spruchgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien. Sie beträgt bei einer Streitigkeit mit Vermögensinteresse Fr. 200.- bis Fr. 50'000.- (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Für die Qualifikation als Streitigkeit mit Vermögensinteresse ist es dabei unerheblich, ob ein Anspruch in Geld ausgedrückt ist oder nicht und welchem Rechtsgebiet ein Anspruch entspringt. Massgeblich ist vielmehr, ob der Rechtsgrund des streitigen Anspruchs letzten Endes im Vermögensrecht ruht und ob mit dem Begehren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010

vom 28. Februar 2012 E. 32.1 m.H.). Vorliegend handelt es sich um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse. Angesichts des komplexen, aber sachlich eng gefassten Streitgegenstands sind die Verfahrenskosten auf Fr. 10'000.- festzulegen.

E. 7.2

Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen. Unterliegt sie nur teilweise, werden die Verfahrenskosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obsiegen und Unterliegen im Prozess ist grundsätzlich nach den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, gemessen am Ergebnis der Anfechtung des vorinstanzlichen Entscheis, zu beurteilen, wobei auf das materiell wirklich Gewollte abzustellen ist (vgl. BGE 123 V 156 E. 3c und BGE 123 V 159 E. 4b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2010 vom 28. Februar 2012 E. 32.2). Die Beschwerdeführerin obsiegt weitgehend, da die Marketingkosten vom VTA-Abzug 2010 auszunehmen sind und beim VTA-Abzug 2010 die Kosten der Einzahlungen am Postschalter nur mit 2 Rp. statt 5 Rp. zu berücksichtigen sind. Zudem wird die vorinstanzliche Kostenverlegung teilweise korrigiert. Es ist deshalb gerechtfertigt, ihr einen Viertel der Verfahrenskosten, d.h. Fr. 2'500. , aufzuerlegen. Sie hat einen Kostenvorschuss von Fr. 10'000. einbezahlt. Dieser ist mit den Verfahrenskosten zu verrechnen und die zuviel einbezahlten Fr. 7'500. sind ihr zurückzuerstatten. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontoangaben bekannt zu geben. Die verbleibenden Fr. 7'500.- sind der im Umfang von dreiviertel unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Vorinstanz hat keine Kosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 7.3

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG hat die im Beschwerdeverfahren obsiegende Partei Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Vorliegend sind, wenn auch in unterschiedlichem Ausmass, sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin als teilweise obsiegend zu betrachten. Da sie ihren internen Rechtsdienst mit der Interessenwahrung betraut haben und nicht durch externe Anwälte vertreten sind, stehen ihnen jedoch keine Parteientschädigungen zu (Art. 8 ff. VGKE, v.a. Art. 9 Abs. 2 VGKE; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4 sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-6019/2010 vom 19. August 2011 E. 16 und nicht publizierte E. 21.7 des BVGE 2011/13).

E. 8

Dieses Urteil kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 Bst. p Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Es ist somit endgültig.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.